

Die Schweizer Europapolitik: Wie tragfähig ist der Bilateralismus?

Eine rechtliche Perspektive unter besonderer Berücksichtigung der institutionellen Struktur der Abkommen

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Die Schweizer Europapolitik: Wie tragfähig ist der Bilateralismus?, Die Volkswirtschaft 2013, S. 59-62. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Zum Stand der Verhandlungen in Bezug auf die „institutionellen Fragen“

Seit dem Nein von Volk und Ständen zum EWR am 6. Dezember 1992 beruhen die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union bekanntlich auf dem sog. bilateralen Ansatz, bilateral insofern, als auf der einen Seite die Schweiz, auf der anderen die EU stehen, dies im Gegensatz zum EWR, der die Beziehungen einer (immer kleiner gewordenen) Staatengruppe (der EFTA-Staaten, ausser der Schweiz) zur EU regelt. Inzwischen gibt es zwei „Pakete“ bilateraler Abkommen¹ (die teilweise, wegen der Beteiligung der EU-Mitgliedstaaten neben der EU selbst, aber auch multilateral sind),² die sektoriell eine Reihe von Bereichen regeln und in der Regel

¹ Die „Bilateralen I“ wurden am 21.6.1999 unterzeichnet und sind am 1.6.2002 in Kraft getreten. Sie betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Austragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die „Bilateralen II“ wurden im Oktober 2004 unterzeichnet und sind inzwischen (mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsabkommens) in Kraft. Sie erfassen die Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 2004, 5965 ff.

² Der Ausdruck „Bilaterale Abkommen“ wird soweit ersichtlich im Wesentlichen in der Schweiz gebraucht und ist im Gegensatz zu dem als multilateral angesehenen Ansatz des EWR zu sehen. Aus rechtlicher Sicht ist er jedoch zumindest ungenau, da die Abkommen teilweise multilaterale Abkommen (da die Mitgliedstaaten beteiligt sind) darstellen. Daher trifft der Ausdruck „sektorielle Abkommen“ die Rechtslage eigentlich besser, da er Bezug auf die bereichsspezifische Regelung der verschiedenen Dossiers nimmt. Gleichwohl werden im Folgenden die inzwischen in der Schweiz gebräuchlichen Ausdrücke „Bilaterale I“ und „Bilaterale II“ verwandt.

eine Einbindung der Schweiz in den Unionsbesitzstand vorsehen;³ hinzukommen zahlreiche weitere Verträge, in jüngerer Zeit z.B. das sog. Zollsicherheitsübereinkommen⁴. Auf diese Weise ist die Schweiz heute rechtlich und noch mehr faktisch sehr weitgehend in die Europäische Union „integriert“, und derzeit wird eine Reihe weiterer Bereiche geprüft, in denen neue bilaterale Abkommen abgeschlossen werden könnten.⁵

Allerdings ist derzeit fraglich, ob und wann weitere Abkommen abgeschlossen werden, da sich die Europäische Union und die Schweiz über eine Reihe institutioneller Fragen sowie über die konkrete Verhandlungsführung bei den derzeit anstehenden Dossiers⁶ und damit über das konkrete weitere Vorgehen nicht einigen können. Im Zentrum der einer Lösung harrenden sog. institutionellen Fragen (wobei die EU diese vor dem Abschluss neuer Abkommen klären möchte)⁷ stehen Fragen der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes und seiner Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung. Der Bundesrat hat hierzu relativ konkrete Vorschläge unterbreitet: Insbesondere betonte die Schweiz die Zielsetzung der Homogenität der Rechtsentwicklung (in dieser Deutlichkeit wohl erstmals) und legte dar, dass bei der Überwachung und der Gerichtsbarkeit an ein Modell gedacht werden sollte, wonach die homogene Rechtsanwendung in der Schweiz durch ein unabhängige nationale Behörde überwacht werden sollte, die ihrerseits ggf. ein gerichtliches Verfahren (auf nationaler Ebene) einleiten könnte. Meinungsverschiedenheiten zur Auslegung und Anwendung der Abkommen sollen in erster Linie im Gemischten Ausschuss beigelegt werden; darüber hinaus werden Ausgleichsmassnahmen in Betracht gezogen, deren Umfang, Dauer und Verhältnismässigkeit durch ein Schiedsgericht überprüft werden könnte,⁸ worauf die EU im Dezember 2012 offiziell reagiert hat:⁹ Er betont insbesondere, dass weitere Bilaterale Abkommen nach dem bisherigen „Muster“ aus EU-Sicht nicht mehr abgeschlossen werden sollen, ohne dass ein geeigneter institutioneller Rahmen gefunden wird, der für alle bestehenden und künftigen Abkommen Anwendung findet. Dieser müsse insbesondere einen rechtlich verbindlichen Mechanismus für die dynamische Anpassung der Abkommen an den sich fortentwickelnden EU-Rechtsbestand ermöglichen und „internationale

³ Vgl. zu den Bilateralen Verträgen ausführlich und m.w.N. *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, insbesondere 95 ff.

⁴ Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“), vgl. den Text in BBl 2009 8953.

⁵ Verzichtet werden soll im Folgenden auf eine nochmalige Skizzierung der Charakteristika der bestehenden Abkommen, vgl., m.w.N., *Astrid Epiney*, Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung, in: FS Marc Amstutz, Zürich u.a. 2011, 35 ff.

⁶ Es geht hier im Wesentlichen um folgende Bereiche: Agrar- und Lebensmittelbereich, Produktsicherheit und öffentliche Gesundheit, Elektrizität, Emissionshandel, Chemikalienrecht, Satellitennavigation, Friedensförderung sowie Zusammenarbeit mit der Europäischen Verteidigungsagentur, vgl. zum jeweiligen Stand europa.admin.ch.

⁷ Vgl. NZZ v. 3.2.2011, 15.

⁸ Vgl. etwa NZZ vom 21.11.2012. S. ansonsten die Informationen auf www.admin.ch.

⁹ Vgl. NZZ v. 21.12.2012.

Mechanismen“ für die Überwachung und die Gerichtsbarkeit enthalten. In Bezug auf letztere wird die Gleichwertigkeit mit den Mechanismen des EWR-Abkommens bzw. der EFTA-Säule des EWR für notwendig erachtet.

Damit wird einmal mehr die Frage aufgeworfen, ob der Bilaterale Weg tatsächlich zukunftssträftig ist. Jedenfalls erscheint es verfrüht, nach der Stellungnahme des Rates von einem „Ende des Bilateralismus“ zu sprechen: Denn der Rat hat gerade nicht dem „Bilateralen Weg“ als solchem eine Absage erteilt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass dieser aus institutioneller Sicht einen neuen Rahmen benötige. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob ein solcher – in Anbetracht der politischen Ausgangslage und der derzeitigen Charakteristika der Abkommen – vorstellbar ist und wie er realistischer- und sinnvollerweise aussehen könnte.

II. Denkbare institutionelle Grundstrukturen (zukünftiger) Bilateralen Abkommen

Ausgangspunkt für diese zukünftigen institutionellen Grundstrukturen der Bilateralen Abkommen – wobei die Frage nach der Erstreckung des Anwendungsbereichs einer möglichen horizontalen institutionellen Vereinbarung auf bereits bestehende Abkommen zumindest teilweise besondere Probleme aufwirft – ist der Umstand, dass in den (zukünftigen) Abkommen in materiell-rechtlicher Hinsicht eine sehr enge Anlehnung an den unionsrechtlichen Besitzstand erfolgen wird.

In Bezug auf die Form der Übernahme des Unionsrechts in den Abkommen ist zu erwarten, dass verstärkt mit direkten Bezugnahmen auf bestehendes Unionsrecht – also insbesondere auf Richtlinien und Verordnungen – gearbeitet wird, kann doch auf diese Weise eine möglichst weitgehende Verbindlichkeit der unionsrechtlichen Vorgaben auch für die Schweiz erreicht werden und zudem die Weiterentwicklung der Abkommen erleichtert werden, was dem beiderseits betonten Ziel der Homogenität der Rechtsentwicklung Vorschub leistet. Es ist denn auch bezeichnend, dass gerade in der in dieser Beziehung weitgehenden Schengen-Assoziierung – die von der Europäischen Union in dieser Beziehung als eine Art Mindeststandard für weitere Abkommen angesehen wird¹⁰ – ausschliesslich mit dieser Technik gearbeitet wird.

1. Zur Homogenität in der Rechtsentwicklung

Im Hinblick auf die Sicherstellung der Homogenität der Rechtsentwicklung erscheint es denkbar, in zukünftigen Abkommen eine grundsätzliche Pflicht der Schweiz zur Übernahme auch der Weiterentwicklungen des unionsrechtlichen Besitzstands zu verankern. Bislang verankert wurde eine solche Pflicht in der Schengen-/ Dublin-Assoziierung, die auch betont, dass es der Schweiz unbenommen bleibt, die

¹⁰ Vgl. NZZ v. 9.12.2008, 16.

Weiterentwicklungen unter Durchlaufen der ordentlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren „umzusetzen“. Erfolgt jedoch keine Übernahme bestimmter Weiterentwicklungen, wird das Abkommen grundsätzlich – nach Ablauf einer bestimmten Frist – beendet. Damit geht dieses Modell zwar nicht von einer eigentlichen „automatischen“ Übernahmespflicht der einschlägigen Weiterentwicklungen des Unionsrechts aus; im Falle des Scheiterns einer solchen Übernahme jedoch droht mit der Beendigung des Abkommens eine „Sanktion“. Vor diesem Hintergrund lässt dieser Mechanismus der Schweiz im Ergebnis relativ wenig bzw. kaum einen Spielraum, soweit die Übernahme der entsprechenden Weiterentwicklungen betroffen ist, da im Falle einer Ablehnung das gesamte Abkommen in Frage gestellt wird. Die Zielsetzung der Homogenität der Rechtsentwicklung dürfte durch dieses Modell verwirklicht werden können.

Besondere Fragen wirft die Erstreckung einer solchen Übernahmepflicht in Bezug auf bestehende Abkommen auf, die – wie die meisten bestehenden Abkommen – keine solche grundsätzliche Übernahmepflicht kennen: Soweit diese Abkommen in Anhängen auf Sekundärrecht verweisen, dürfte eine entsprechende Modifikation des Mechanismus‘ durchaus möglich sein, zumal Modifikationen des Sekundärrechts grundsätzlich durch die Gemischten Ausschüsse übernommen werden können. Soweit jedoch in den Abkommen selbst entsprechende Pflichten der Vertragsparteien in Anlehnung an das EU-Recht formuliert werden (wie z.B. in Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens, aber auch in zahlreichen anderen Bestimmungen der Abkommen), müssten die Abkommen entsprechend modifiziert werden, was auch Fragen ihres materiellen Geltungsbereichs aufwürfe, erfolgt doch mitunter nur eine teilweise Anlehnung an EU-Recht (wie z.B. im Zusammenhang mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen, das im Verhältnis zum EU-Recht gewisse Abweichungen, etwa bei der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit, aber auch bei der Frage nach der Unionsbürgerschaft, kennt).

2. Zur Homogenität in der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung (Überwachung und Gerichtsbarkeit)

Besteht das Ziel eines völkerrechtlichen Abkommens darin, einen Teil des definierten Unionsbesitzstands auf die Beziehungen zu einem Drittstaat auszudehnen (wie dies bei zahlreichen der bestehenden Bilateralen Abkommen der Fall ist und sowohl von der EU als auch der Schweiz auch in Bezug auf künftige Abkommen wohl in noch stärkerem Mass angestrebt wird), so genügt ein paralleler Rechtsbestand nicht; vielmehr muss dieser auch „homogen“ ausgelegt und angewandt werden, was auch eine entsprechende Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH impliziert.

In den bestehenden Abkommen sind diese Fragen – wenn überhaupt – nur rudimentär geregelt (sieht man einmal von der Schengen-/Dublin-Assoziierung ab), und es erstaunt vor diesem Hintergrund nicht, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung einerseits und diejenige des EuGH andererseits in Bezug auf die bislang in der

Rechtsprechung relevant gewordene Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens durchaus unterschiedliche Tendenzen aufweisen. Dabei ist es interessant festzustellen, dass das Bundesgericht sich bei der Auslegung des Abkommens offenbar viel enger an die Rechtslage in der EU (unter Einschluss der auch neuen Rechtsprechung des EuGH) anlehnt als dies der EuGH tut, wobei die Rechtsprechung des EuGH noch nicht als gefestigt bezeichnet werden kann.¹¹

Vor diesem Hintergrund impliziert eine homogene Rechtsanwendung und Rechtsauslegung zuallererst eine klare Formulierung der Abkommen in dem Sinn, dass ausdrücklich und im Umfang genau auf die „übernommenen“ Teile des Unionsrechtsbesitzstands hingewiesen und die Parallelität der Zielsetzungen und, daran anschliessend, der Auslegung unterstrichen wird. Gerade in Bezug auf bereits bestehende Abkommen dürfte dies mitunter nicht ganz einfach sein, wurden hier doch teilweise sehr differenzierte Lösungen gefunden, wie etwa einige Bestimmungen im Anhang I des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren vermögen.

Darüber hinaus muss – insoweit besteht durchaus Einigkeit – sichergestellt werden, dass die Anwendung der Abkommen auch in der Schweiz (in der EU sind hierfür Kommission und Gerichtshof zuständig) von einer unabhängigen Stelle überwacht wird und gerichtlicher Rechtsschutz zu gewährleisten ist. Obwohl die diesbezüglichen Vorschläge des Bundesrates¹² diese Zielsetzungen wohl hätten erreichen können, ist davon auszugehen, dass sowohl für die Überwachungsbehörde als auch für die gerichtliche Kontrolle rein nationale Mechanismen von der EU nicht akzeptiert würden und daher „internationale Mechanismen“ notwendig sind. Dieser internationale Mechanismus dürfte auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung der Abkommen in der Schweiz (bzw. allenfalls darüber hinaus anderen Drittstaaten) zuständig sein, da der EuGH es als mit den EU-Verträgen unvereinbar ansieht, dass derartige Mechanismen (insbesondere gerichtlicher Natur) in Bezug auf Völkervertragsbestimmungen, die sich an EU-Recht anlehnen, auch mit Bindungswirkung für die EU entscheiden können.¹³

Eine bereits seit einiger Zeit in diesem Zusammenhang diskutierte Erweiterung der Zuständigkeiten des für die Auslegung des EWR-Rechts in den EFTA-Staaten zuständigen EFTA-Gerichtshofs sowie der Zuständigkeiten der EFTA-Überwachungsbehörde kommt zwar grundsätzlich auch in Betracht und ist aus rechtlicher Sicht realisierbar. So könnte man diesen Gerichtshof (ggf. unter Beteiligung eines Schweizer Vertreters) auch mit gewissen Zuständigkeiten für die Auslegung und Streitbeilegung im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen ausstatten und die Befugnisse der EFTA-Überwachungsbehörde entsprechend erweitern. Allerdings sind die Rechtsbestände des EWR-Rechts und des Bilateralen Rechts nicht parallel, und der tiefere Grund, warum auch Richter aus Norwegen,

¹¹ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker* (Fn. 3), *passim*.

¹² Vgl. oben I.

¹³ Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; s. auch Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

Island und Liechtenstein über die Auslegung der Bilateralen Abkommen nur in der Schweiz entscheiden können sollen (entsprechendes gälte für die EFTA-Überwachungsbehörde), erschliesst sich nicht auf den ersten Blick. Ohne grössere institutionelle Modifikationen (etwa im Sinne einer Art de facto-(Teil-)EWR-Mitgliedschaft der Schweiz, was die Komplexität der Struktur der Bilateralen Abkommen wohl nicht wirklich reduzierte) könnten daher die EWR-/EFTA-Institutionen wohl keine Zuständigkeiten in Bezug auf Nicht-EWR-Staaten übernehmen, ohne dass hier nicht gewisse institutionelle Inkohärenzen zu gewärtigen wären.

Es erscheint allerdings durchaus denkbar, „internationale Mechanismen“ sowohl in Bezug auf eine Überwachungsbehörde als auch in Bezug auf eine Gerichtsinstanz vorzusehen: „International“ dürfte wohl so zu verstehen sein, dass keine eigentliche Einbettung in die bestehenden, rein nationalen Strukturen erfolgte. Vor diesem Hintergrund könnte man sich, letztlich parallel wie zum Ansatz im EWR-Recht bzw. in Bezug auf die EFTA-Institutionen, vorstellen, zwei neue (unabhängige) Organe zu schaffen, die in einem Abkommen – eben naheliegenderweise dem zu schaffenden Rahmenabkommen – vorgesehen sind und welche die Aufgaben der Überwachung und der gerichtlichen Kontrolle im Wesentlichen nach dem Vorbild der für die Überwachung und Auslegung des EWR-Rechts zuständigen EFTA-Organe übernehmen. „International“ wären solche neuen Gremien schon deshalb, weil sie aufgrund eines Abkommens zwischen der EU und der Schweiz zu schaffen einzurichten wären. Darüber hinaus wäre auch ihre Zusammensetzung „international“ auszurichten; so wäre es etwa vorstellbar, dass eine gleiche Zahl von aus der Schweiz und aus dem (EU-)Ausland kommenden Mitgliedern in der Behörde und im Gericht plus ein Präsident / eine Präsidentin vorgesehen würde (ein Dreier- oder ein Fünfergremium). Die Zuständigkeiten würden sich an diejenigen der entsprechenden EFTA-Organe anlehnen. Auf diese Weise gäbe es für die Schweiz eine im Ergebnis parallele Struktur wie im Rahmen der EFTA für die „EFTA-Säule“ des EWR, und es ginge ebenfalls um eine Zwei-Säulen-Struktur, die jedoch auf die Bilateralen Abkommen zugeschnitten wäre. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass der Aufbau einer solchen neuen Struktur einigen Aufwand mit sich brächte.

Eine andere Möglichkeit – der die EU wohl mehr Sympathie entgegenbrächte als die Schweiz – wäre die Betrauung des EuGH mit der Kompetenz, auch mit Wirkung für die Schweiz über die Auslegung der Bilateralen Abkommen oder einzelner Bilateralen Abkommen zu entscheiden, letztlich in Anlehnung an die Situation, die im Rahmen des Luftverkehrsabkommens gefunden wurde. Solchen Urteilen des EuGH müsste wohl verbindliche Wirkung zukommen. Der Europäischen Kommission könnte die Überwachung der Abkommen übertragen werden. Diese Lösung lehnte sich an den im Luftverkehrsabkommen gefundenen Mechanismus an, stiesse aber in der Schweiz wohl auf Akzeptanzprobleme.

III. Schluss

Die Zukunft wird zeigen, ob sich die EU und die Schweiz auf für beide Seiten zufrieden stellende Lösungen einigen können, insbesondere soweit die institutionellen Fragen betroffen sind. Es erscheint allerdings wenig wahrscheinlich, dass die Schweiz in struktureller und institutioneller Hinsicht in Bezug auf die neuen Dossiers Lösungen verhandeln kann, die „souveränitätsschonender“ sind als die Schengen-Assoziierung und die substantiell weniger „internationalisiert“ sind als die im Rahmen des EWR-Abkommens gefundenen Lösungen. Die Ausführungen konnten jedoch auch aufzeigen, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Schweiz und die EU – auch unter Berücksichtigung der derzeit bestehenden Meinungsverschiedenheiten – in Bezug auf die im Vordergrund stehenden institutionellen Fragen zu einer Einigung kommen. Insofern dürfte der Bilaterale Weg keineswegs am Ende sein.

Nicht zu verkennen ist im Übrigen, dass ein EU-Beitritt, aber auch ein EWR-Beitritt, zwar aus institutioneller Sicht möglicherweise vorteilhafter wären und in materieller Hinsicht (je nach Umfang neuer Bilateralen Abkommen und des „autonomen Nachvollzugs“) möglicherweise gar nicht so weit hinter den Bilateralen Abkommen „zurückbliebe“, wenn man auch über die Wünschbarkeit dieser Optionen insgesamt unterschiedlicher Meinung sein kann. Allerdings dürften sich derzeit jedoch keine politischen Mehrheiten für die eine oder andere dieser weitergehenden Optionen finden lassen. Damit bleibt beim derzeitigen Stand der Dinge aus realpolitischer Sicht nur die Fortführung des Bilateralen Weges, wobei m.E. die Diskussion über die anderen europapolitischen Optionen geführt werden sollte, dies im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung in einigen Jahren, wobei es m.E. insbesondere notwendig wäre, auf die bereits derzeit bestehende ausgesprochen enge „Einbindung“ der Schweiz in das Unionsrecht und die (aus institutioneller Sicht negativen) Implikationen der Verwirklichung einer Teilnahme der Schweiz an (weiten) Teilen des Binnenmarktes und zahlreichen Unionspolitiken auf dem Weg der Bilateralen Abkommen hinzuweisen. Auch kann sich diese politische Situation schneller ändern als mitunter angenommen wird, zumal in Bezug auf die dauerhafte Tragfähigkeit der Bilateralen Abkommen durchaus Zweifel bestehen.